

0. 776759

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
УРАЛЬСКАЯ ГОСУДАРСТВЕННАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ АКАДЕМИЯ

На правах рукописи

*ПЕТРОВСКИЙ  
Юрий Викторович*

**БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ  
В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право,  
предпринимательское право, семейное право,  
международное частное право

**АВТОРЕФЕРАТ**  
*диссертации на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук*

Екатеринбург 2001

Работа выполнена на кафедре хозяйственного права Уральской государственной юридической академии.

**Научный руководитель:** доктор юридических наук,  
профессор В.С. Якушев

**Официальные оппоненты:** доктор юридических наук,  
профессор Б.М. Гонгало;  
кандидат юридических наук,  
доцент Н.И. Краснаярова

**Ведущая организация:** Институт философии и права  
Уральского отделения Российской  
академии наук

Защита диссертации состоится 06 апреля 2001 г. в 18-00 час. на заседании диссертационного совета Д.212.282.01. Уральской государственной юридической академии по адресу: 620066, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21, зал заседаний совета.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Уральской государственной юридической академии.

Автореферат разослан " \_\_\_\_ "

НАУЧНАЯ БИБЛИОТЕКА КГУ



0000555890

2001 г.

Ученый секретарь диссертационного совета  
доктор юридических наук, профессор

В. И. Леушин.

## ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

### Актуальность темы исследования

Возрождение и развитие в нашем обществе естественно-присущих современной личности частноправовых отношений объективно обусловило необходимость создания в новом отечественном гражданском праве адекватной системы способов обеспечения исполнения обязательств. В свою очередь, именно неизбежная потребность в эффективной и гибкой системе специальных обеспечительных мер, направленной на защиту гражданских прав в период формирующихся рыночных отношений и приобретающего все большие масштабы и многообразие гражданского оборота, предопределило появление в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК) нового института – банковской гарантии. И хотя после принятия ГК прошло более шести лет, банковская гарантия и сейчас остается одной из самых малоисследованных новелл отечественной кодификации, что в значительной степени предопределяет ограниченность ее использования во внутригражданских отношениях. Так, по данным судебной статистики количество дел, разрешенных арбитражными судами Российской Федерации по гарантии, сократилось с 600 в 1998 г. до 300 в 1999 г., т.е. уменьшение составило 50%. При этом общая динамика практически всех категорий дел, рассматриваемых арбитражными судами Российской Федерации, свидетельствует о значительном их увеличении.

Несмотря на недостаточную востребованность банковской гарантии участниками гражданско-правовых отношений и относительный консерватизм в правоприменительной деятельности по ее использованию, одним из важных направлений цивилистической науки, по мнению диссертанта, должно быть исследование перспективы использования определенной нормативной базы, которая в настоящее время задействована не в полной мере, определение причин отрешенности отдельных правовых конструкций, в том числе банковской гарантии, от реальной действительности, разработка мер, направленных на более активное вовлечение их в гражданский оборот и интеграцию в международную правовую систему.

Ограниченность использования банковской гарантии в практической деятельности свидетельствует как о недостаточности научного исследования гарантии в российской правовой доктрине и вследствие этого отсутствии нужной, общедоступной научно-познавательной информации о новом способе обеспечения исполнения обязательств, так и о необходимости позитивно-критически проанализировать нормативно-правовое регулирование банковской гарантии в российском гражданском праве.

Именно в контексте поставленной проблемы, а также в силу новизны банковской гарантии, необходим комплексный и в то же время глубокий

научный анализ данной обеспечительной меры, который должен прийти на смену комментирования норм, регламентирующих банковскую гарантию.

В последние годы ученые-юристы обращались к исследованию банковской гарантии, были защищены ряд кандидатских и докторских диссертаций, в которых исследовались отдельные правовые проблемы банковской гарантии (Б. М. Гонгало, О. М. Свириденко, С. А. Тараканов и др.). Более комплексный анализ банковской гарантии содержится в кандидатской диссертации Г.А. Аванесовой. Однако, учитывая новизну банковской гарантии, неисследованность многих вопросов и небесспорность высказанных положений, основываясь на судебной и договорной практике применения банковской гарантии, представляется актуальным и объективно-необходимым дальнейшее всестороннее научное исследование такого способа обеспечения исполнения обязательств как банковская гарантия.

Отмеченные положения предопределили выбор и разработку темы данной работы, постановку цели и задач настоящего диссертационного исследования.

### **Цель и задачи работы.**

Целью диссертации является комплексное научное исследование одного из гражданско-правовых способов обеспечения исполнения обязательств – банковской гарантии и формулирование на основе полученных результатов анализа предложений и рекомендаций по совершенствованию нормативно-правового регулирования рассматриваемого института в российском гражданском праве и практике его применения. Постановка данных целей определила необходимость решения следующих задач:

1. Выявление предпосылок появления банковской гарантии в системе способов обеспечения исполнения обязательств по российскому гражданскому праву.

2. Формулирование определения понятия института банковской гарантии и анализ основных юридических признаков гарантии (независимость, возмездность, безотзывность, непередаваемость прав, субъектный состав), а также изучение правовой природы банковской гарантии.

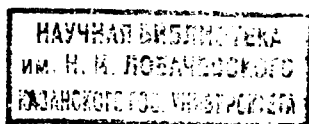
3. Исследование оснований возникновения и прекращения правоотношений по банковской гарантии.

4. Установление и исследование содержания обязательств по банковской гарантии.

5. Определение мер имущественной ответственности за нарушение денежных обязательств по банковской гарантии.

### **Методологическая и теоретическая основа исследования.**

В процессе диссертационного исследования применялись общенаучные и частно-научные методы познания: диалектический, исторический, системный, формально-юридический, сравнительно-правовой.



Теоретическую основу исследования составили труды таких ученых-правоведов как М.М. Агарков, С.С. Алексеев, В.С. Белых, В.А. Бублик, М.И. Брагинский, С.Н. Братусь, А.В. Венедиктов, В.В. Витрянский, Б.М. Гонгало, В.П. Грибанов, Л.Г. Ефимова, Т.И. Илларионова, О.С. Иоффе, Л.А. Кассо, Е.С. Компанеев, О.А. Красавчиков, В.Ф. Кузьмин, Л.А. Лунц, А.Л. Маковский, Д.И. Мейер, И.Б. Новицкий, Л.А. Новоселова, Е.А. Павлодский, И.А. Покровский, О.Н. Садилов, Е.А. Суханов, Ю.К. Толстой, Е.А. Флейшиц, Р.О. Халфина, С.А. Хохлов, Г.Ф. Шершеневич, В.Ф. Яковлев, В.С. Якушев и др.

При написании диссертации использовались также работы ученых-экономистов: Б. Бухвальда, Э. Гилля, О.И. Лаврушина, Э. Риды, Р. Смита, Р.Коттера и др.

### **Научная новизна диссертационного исследования**

На защиту выносятся следующие научные положения, в которых нашла отражение новизна исследования.

1. В диссертации обосновывается, что основанием возникновения правоотношений по гарантийному обязательству является сложный юридический состав с альтернативным вторым юридическим фактом. По мнению автора, конструкция сложного юридического состава состоит, по общему правилу, из двух следующих юридических фактов – элементов (последовательно совершаемых сделок):

1) Соглашение (договор) о предоставлении банковской гарантии, заключаемое между принципалом и гарантом.

2) Односторонняя сделка по выдаче банковской гарантии, совершаемая гарантом во исполнение соглашения о предоставлении банковской гарантии.

2. Автором сформулирован вывод, в соответствии с которым по направленности гражданско-правового результата действия гаранта по соглашению о предоставлении банковской гарантии не направлены ни на передачу вещи (товара), ни на выполнение работы, а воплощают и опосредуют отношения сторон по оказанию услуги. Учитывая, что выдача банковской гарантии – банковская операция (специальная банковская сделка), выданная по просьбе принципала банковская гарантия является результатом возмездной банковской услуги, оказанной гарантом принципалу.

3. Определяя предмет соглашения о предоставлении банковской гарантии как оказание банковской услуги по выдаче гарантийного обязательства, диссертантом обосновывается, что условие о предмете данного договора должно считаться согласованным, если содержание соглашения позволяет определить существенные условия второго элемента сложного юридического состава – сделки по выдаче гарантии. В свою очередь, существенными условиями сделки по выдаче банковской гарантии и, следовательно, необходимыми элементами предмета договора – соглашения о предоставлении

банковской гарантии являются: наименование бенефициара и принципала, сумма гарантии, срок, на который она будет выдана.

4. Диссертант считает, что содержащиеся в ГК нормы, определяющие бенефициара как сторону в относительном гарантийном правоотношении и одновременно кредитора в основном обязательстве, характеризующие банковскую гарантию как способ обеспечения исполнения обязательств, а также другие нормы, регламентирующие права и обязанности бенефициара, связанные с реализацией обязательства гаранта, в сочетании со сложившейся практикой использования банковской гарантии и международным опытом ее применения свидетельствуют о необходимости указания наименования бенефициара в банковской гарантии.

5. Независимость банковской гарантии определяется диссертантом как специальный принцип, свойственный исключительно данному способу обеспечения исполнения обязательств, основное начало нормативного регулирования банковской гарантии. Отправным пунктом "приобретения" банковской гарантией независимости является момент вступления ее в силу. В диссертации обосновывается, что Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, рекомендуя судам отказывать в удовлетворении требования бенефициара (получившего надлежащее исполнение по основному обязательству) на основании ст. 10 ГК, фактически устанавливается возможность (непредусмотренная нормами ГК о банковской гарантии) возникновения исключения из принципа независимости гарантийного обязательства.

6. В диссертации отстаивается позиция, согласно которой наличие двух, последовательно возникающих элементов юридического состава, являющихся в совокупности основанием возникновения правоотношений по банковской гарантии, свидетельствует об их внутренней связи, выражающейся в обусловленности появления второго юридического факта наличием первого. В связи с этим автор считает необходимым расширить принцип независимости банковской гарантии путем указания в ст. 370 ГК на независимость гарантийного обязательства не только от основного обязательства, но и от соглашения о предоставлении банковской гарантии, являющегося основанием для совершения сделки по выдаче банковской гарантии.

7. Автором аргументируется, что по способу внутренней взаимосвязи прав и обязанностей, определяющей структуру юридического содержания правоотношения, банковская гарантия представляет собой сложное обязательственное правоотношение, состоящее, по общему правилу, из четырех обязательств. Три из которых возникают между принципалом и гарантом (организационно-вспомогательные, зависимые обязательства), а четвертое между гарантом и бенефициаром (главное обязательство). Исходя из этого, автором предлагается следующее развернутое определение

банковской гарантии как института гражданского права: "Правовой институт банковской гарантии представляет собой основанную на законе совокупность норм, призванных регулировать в пределах предмета гражданского права обладающее относительной самостоятельностью и независимостью главное обязательство гаранта перед бенефициаром по уплате денежной суммы, а также другие организационно-вспомогательные и зависимые отношения между участниками банковской гарантии".

8. Автором обосновывается вывод о том, что возмездный характер банковской гарантии (как сложного по структуре юридического содержания правоотношения, основанием возникновения которого является сложный юридический состав) проявляется в выдаче ее на возмездной основе. Такая возмездная первооснова – соглашение о предоставлении банковской гарантии, заключаемое между принципалом и гарантом. Сделка по выдаче банковской гарантии (т.е. сделка, содержащая обязательство гаранта перед бенефициаром) является безвозмездной.

9. Диссертант считает, что сделка, устанавливающая гарантийное обязательство, обеспечивающее исполнение основного обязательства, может быть совершена и другими лицами, но только в виде договора из-за отсутствия необходимого юридического основания для совершения односторонней сделки по выдаче гарантии. Правовая природа такого договора в зависимости от фактических обстоятельств может быть определена либо как договор поручительства, либо как договор, в котором стороны предусмотрели другой (не указанный в ст. 329 ГК ) способ обеспечения исполнения обязательств.

Диссертантом сформулировано предложение, направленное на отказ от существующих ограничений в круге лиц, имеющих право в соответствии со ст. 368 ГК выдавать банковскую гарантию. Автор полагает, что ограниченность субъектов гражданского права, имеющих возможность возложить на себя обязательство по обеспечению основного обязательства (установленная в ГК для банковской гарантии), в принципе не должна быть присуща институту "обеспечение исполнения обязательств", входящему составной частью в общую часть обязательственного права. Гарантия должна стать общедоступной правовой конструкцией, а не оставаться только специальной банковской сделкой.

### **Практическая и теоретическая значимость диссертации**

Содержащиеся в работе выводы и рекомендации могут быть использованы в законотворческой деятельности с целью совершенствования норм, регламентирующих банковскую гарантию в российском гражданском праве, в дальнейшей научно-исследовательской разработке банковской гарантии как специфического обеспечительного обязательства. Положения диссертации могут быть востребованы в учебном процессе при преподавании курсов гражданского и банковского права, других юридических дисциплин. Отдельные

заключения и положения данной работы могут быть использованы в банковской и правоприменительной деятельности.

### **Апробация результатов исследования**

Диссертация подготовлена на кафедре хозяйственного права Уральской государственной юридической академии, где проведено ее рецензирование и обсуждение. Некоторые из ее положений изложены в опубликованных статьях. Результаты исследования используются автором в практической деятельности ООО КБ "Уралконтактбанк" (г. Екатеринбург).

### **Структура диссертации**

Диссертация состоит из введения, трех глав, объединяющих шестнадцать параграфов, заключения и списка использованной литературы.

## **СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ**

Во **Введении** обосновывается актуальность темы исследования, определяется его цель и задачи, оценивается степень научной разработки проблемы, раскрывается практическая значимость работы, формулируются выводы и положения, выносимые на защиту.

Первая глава "**Банковская гарантия — новый институт российского гражданского права**" посвящена анализу исторического аспекта появления гарантии в российском праве, установлению предпосылок появления банковской гарантии в ГК, а также определению ее места в системе современного гражданского права Российской Федерации.

Автор полагает, что банковская гарантия является принципиально новым, ранее неизвестным отечественному законодательству способом обеспечения гражданско-правовых обязательств.

Сравнительный анализ гарантии по Гражданскому кодексу РСФСР 1964 г. и Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (далее по тексту — ОГЗ) с одной стороны, и банковской гарантии по ГК 1994 г. с другой, позволяет сделать вывод об общности их правовой природы — как способа обеспечения исполнения обязательств и определенной созвучности в названии. В принципе, само проведение сравнительного анализа между этими двумя правовыми конструкциями имеет не больше правовых оснований, чем сопоставление банковской гарантии с любым иным способом обеспечения исполнения обязательств. Исследуя правовые основания использования гарантии как во внутригражданском обороте, так и во внешнеэкономической деятельности советских организаций, диссертант приходит к заключению об отсутствии какой-либо преемственности между гарантией по советскому законодательству и банковской гарантией в современном российском гражданском праве.



Отвечая на вопрос, что же обусловило появление банковской гарантии в российском праве, автор выделяет две причины: первая – влияние и рецепция Унифицированных правил для гарантий по требованию, разработанных Международной торговой палатой в 1992 году, Публикация № 458; и вторая – практическая необходимость в создании эффективного способа обеспечения исполнения обязательств.

Банковские гарантии получили широкое распространение в международной практике, особенно в торговых сделках. Участники рабочей группы по подготовке проекта ГК прямо указывали, что исходным материалом для определения и формулирования норм о банковской гарантии послужили Унифицированные правила для гарантий по требованию, разработанные в 1992 году. Несмотря на значительную схожесть положений Унифицированных правил для гарантий по требованию 1992 года (далее – Правила 1992 года) и ГК, посвященных банковской гарантии, все же Правила 1992 года являются документом, более подробно и детально регламентирующим весь спектр правоотношений по гарантии, что, по мнению автора, следует отнести к достоинствам данного акта в сравнении с нормами ГК о банковской гарантии. Автором поддерживается мнение В.В. Витрянского о том, что Правила 1992 года могут быть использованы в качестве самостоятельного источника, регулирующего отношения сторон по гарантии, в том числе во внутригражданском обороте, для чего необходимо в ее тексте прямо указать на данное обстоятельство как условие гарантии.

Диссертантом обосновывается, что существенные изменения, произошедшие в экономической сфере, объективно обусловили необходимость создания эффективной системы обеспечительных мер для постоянно расширяющегося и видоизменяющегося спектра самых различных финансово-хозяйственных отношений, в том числе для создания новых и совершенствования старых искусственных приемов, направленных на укрепление гражданско-правовых обязательств. Совокупность отмеченных выше обстоятельств, по мнению автора, логично предопределило "рождение" в ГК нового института – банковской гарантии.

По своей юридической природе банковская гарантия является одним из шести способов обеспечения исполнения обязательств, прямо предусмотренных ГК. Каких-либо ограничений по видам обязательств, которые могут обеспечиваться гарантией, законодательство не устанавливает. Банковской гарантией могут быть обеспечены любые обязательства, в том числе и те, которые возникнут в будущем. В силу банковской гарантии по отношению к сторонам основного обязательства появляется третье лицо – гарант, которое дает обязательство уплатить денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования об ее уплате и тем

письменного требования об ее уплате и тем самым укрепляет основное обязательство, гарантируя его надлежащее исполнение всей своей имущественной сферой.

Банковская гарантия не связана с предварительным выделением имущества, однако, в силу экономической весомости личности гаранта и принципа независимости гарантии от основного обязательства, является одним из самых эффективных способов обеспечения исполнения обязательств.

**Вторая глава "Понятие и правовая природа банковской гарантии"** является самой объемной в диссертационном исследовании и посвящена определению банковской гарантии, характеристике ее юридических признаков, исследованию оснований возникновения правоотношений по банковской гарантии.

Анализ дефиниции, заключенной в ст. 368 ГК, а также других норм, регламентирующих гарантийное обязательство, позволил автору установить, что банковская гарантия – это сложное по своему юридическому содержанию правоотношение, которое не сводится к одному обязательству гаранта перед бенефициаром, а включает в себя целый комплекс обязательств между участниками отношений по банковской гарантии. Совокупность организационно-вспомогательных отношений (способствующих появлению банковской гарантии), а также производных (зависимых) от гарантийного обязательства отношений между гарантом и принципалом объединяется вокруг самостоятельного экономического отношения – главного обязательства гаранта перед бенефициаром по уплате денежной суммы.

Диссертантом предлагается и обосновывается следующее развернутое определение банковской гарантии (в качестве правового института).

Банковская гарантия представляет собой основанную на законе совокупность норм, призванных регулировать в пределах предмета гражданского права обладающее относительной самостоятельностью и независимостью главное обязательство гаранта перед бенефициаром по уплате денежной суммы, а также другие организационно-вспомогательные и зависимые отношения между участниками банковской гарантии.

Принимая во внимание, что определяющее значение в характеристике банковской гарантии придается ее независимости, и учитывая, что данная черта является ключевой (даже исключительной, т.е. присущей только банковской гарантии) в сущности и назначении гарантии как способа обеспечения исполнения обязательств, независимость банковской гарантии автор выделяет в специальный принцип, свойственный исследуемому институту гражданского права. Данный принцип пронизывает все этапы динамики исследуемого способа обеспечения исполнения обязательств и в значительной степени определяет содержание правоотношений, возникающих между субъектами банковской гарантии.

Говоря о независимости, диссертант акцентирует внимание на том, что банковская гарантия является сложным по структуре юридического содержания правоотношением, и в действительности речь идет только о независимости предусмотренного банковской гарантией обязательства гаранта перед бенефициаром от основного обязательства.

Отправным моментом "приобретения" банковской гарантией независимости является факт вступления ее в силу. На стадии возникновения (формирования) правоотношений банковская гарантия, несомненно, находится в непосредственной зависимости от основного обязательства, что проявляется в самом факте ее появления, правовой и функциональной направленности – обеспечить исполнение основного обязательства, предопределенностью субъектного состава банковской гарантии (личности принципала, бенефициара) сторонами основного обязательства. После вступления в силу банковская гарантия "отрывается" от основного обязательства и действительно становится независимым способом обеспечения исполнения обязательств.

Независимость обязательства гаранта в банковской гарантии от основного обязательства проявляется в комплексном сочетании следующих аспектов:

1. Недействительность основного обязательства не может повлечь недействительность обязательства гаранта перед бенефициаром.

2. Исполнение должником основного обязательства (полностью или в части) не прекращает (ни полностью, ни в части) обязательства гаранта по банковской гарантии.

3. Прекращение основного обязательства по любому основанию не влечет прекращения банковской гарантии.

4. Перевод должником в основном обязательстве своего долга на другое лицо не может повлечь прекращения обязательства гаранта либо являться основанием для освобождения гаранта от исполнения обязательства.

5. Изменение основного обязательства не влечет прекращения банковской гарантии.

6. С истечением срока исковой давности по главному требованию (основному обязательству) не истекает срок исковой давности по гарантийному обязательству.

Правовая уникальность банковской гарантии заключается в том, что после возникновения она пребывает в своеобразном, индивидуально-правовом, обособленном регулировании, изолированном от какого-либо влияния со стороны основного обязательства.

В диссертации обосновывается, что Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, рекомендуя судам отказывать в удовлетворении требования бенефициара (получившего надлежащее исполнение по основному обязательству) на основании ст.10 ГК, фактически устанавливается возможность (непредусмотренная нормами ГК о банковской гаран-

тии) возникновения исключения из принципа независимости гарантийного обязательства.

На основе анализа отечественной и зарубежной практики использования банковской гарантии автором сформулирован вывод, согласно которому злоупотребление правом как правовое основание отказа в иске бенефициара к гаранту, основанное на недобросовестном (обманном) требовании, может быть установлено судом и правомерно предполагаться гарантом только при наступлении следующих условий:

1) основное обязательство должно быть прекращено в связи с его надлежащим исполнением;

2) до предъявления бенефициаром повторного письменного требования о совершении платежа по гарантии ему должно быть известно о прекращении основного обязательства надлежащим исполнением;

3) отказывая в удовлетворении повторного требования бенефициара, гарант должен располагать доказательствами наступления первых двух обстоятельств и иметь возможность предъявить их при рассмотрении спора в суде.

Диссертант считает необходимым законодательно закрепить право гаранта на приостановление исполнения своего обязательства по банковской гарантии до рассмотрения возникшего спора в суде при наличии перечисленных выше условий. Однако, если в процессе судебного разбирательства будет все же установлено, что бенефициар не злоупотребил своим правом и правомерно предъявил повторное требование, к гаранту могут быть применены меры гражданско-правовой ответственности за неисполнение денежного обязательства.

Диссертант считает целесообразным исключить из ст. 370 ГК словосочетание "...в отношениях между ними...", как создающее предпосылку для ошибочного толкования данной нормы о, якобы, возможности существования отношений между иными субъектами в обязательстве гаранта перед бенефициаром и, следовательно, возможной зависимости банковской гарантии от основного обязательства в отношениях между кем-то еще.

Для юридического закрепления и последовательной реализации принципа независимости банковской гарантии от основного обязательства предлагается внести изменения в п. 2 ст. 375 ГК, изложив его после слов "чтобы установить" в следующей редакции: "...соответствует ли это требование и приложенные к нему документы по своему внешнему виду условиям гарантии".

С целью исключения в практической деятельности ситуаций, связанных с попытками бенефициара (получившего денежную сумму от гаранта) добиться исполнения от принципала по основному обязательству, диссертант считает необходимым ввести прямое нормативное регулирование данной ситуации путем создания специальной статьи следующего содержания.

### "Последствия исполнения обязательства гаранта.

Исполнение гарантом обязательства перед бенефициаром по банковской гарантии прекращает в соответствующей части основное обязательство".

Возможно оформление данной нормы, например, и посредством включения в ст. 369 ГК пункта 3, содержащего указанные положения.

В диссертации отмечается, что возмездность, как классифицирующий признак банковской гарантии, может относиться только к сделке (как юридическому факту, на основании которого возникает обязательство гаранта перед бенефициаром) и должна предполагать наличие встречного имущественного представления в противовес обязательству гаранта. Но данного обязательства у бенефициара возникнуть не может, так как для этого отсутствуют необходимые правовые предпосылки, а п. 2 ст. 369 ГК определяет субъекта, уплачивающего гаранту вознаграждение за выдачу банковской гарантии. Им является принципал. Следовательно, выплата вознаграждения касается только отношений принципала и гаранта. И именно между ними устанавливается правоотношение (предшествующее сделке по выдаче банковской гарантии), в соответствии с которым гарант обязуется дать бенефициару письменное обязательство уплатить денежную сумму, а принципал уплачивает за это гаранту вознаграждение. Таким образом, сделка по выдаче банковской гарантии, содержащая обязательство гаранта, является безвозмездной (гарант не получает встречного имущественного представления от второй стороны – бенефициара). Возмездной является сделка – соглашение между принципалом и гарантом о предоставлении бенефициару банковской гарантии (далее – соглашение о предоставлении банковской гарантии), на основании которой и возникает обязательство по уплате принципалом вознаграждения гаранту.

Полемизируя с В. Беловым, считающим, что нынешние российские условия диктуют, чтобы банковская гарантия была отзывной, диссертант отмечает, что банковская гарантия, хотя и выдается гарантом по просьбе принципала, но выдается именно бенефициару как стороне (кредитору) данного гарантийного обязательства. Безусловно, что возможность отзыва банковской гарантии ущемляет права и имущественные интересы бенефициара, направленные на обеспечение исполнения основного обязательства. Выбор банковской гарантии в качестве правового инструмента, побуждающего другую сторону исполнить основное обязательство, обусловлен именно своеобразной универсальностью банковской гарантии, как самого надежного способа обеспечения исполнения обязательств и единственного среди них независимого от основного обязательства. Принятие бенефициаром отзывной гарантии, несомненно, значительно умаляет юридическую силу и эффективность банковской гарантии по сравнению с другими способами обеспечения исполнения обязательств.

Практическое использование банковской гарантии со всей очевидностью показывает, что проигнорировать волю бенефициара при установлении условий банковской гарантии не представляется возможным. Подавляющее большинство гарантий, используемых в гражданском обороте, являются именно безотзывными.

Отзыв банковской гарантии не может быть основан на каком-либо обстоятельстве, связанном с динамикой основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, в том числе и на обстоятельстве, вытекающем из факта его надлежащего исполнения, исходя из того, что указанные условия для отзыва противоречат принципу независимости банковской гарантии и не могут быть достоверно установлены гарантом, который не является стороной основного обязательства.

Не соглашаясь с широко распространенным мнением относительно характеристики банковской гарантии как односторонней сделки (Г. А. Аванесова, М. И. Брагинский, Л. Г. Ефимова и др.), диссертант отмечает, что основанием возникновения правоотношений по гарантийному обязательству (обязательству гаранта перед бенефициаром по уплате денежной суммы) является сложный юридический состав с альтернативным вторым юридическим фактом. По общему правилу, конструкция сложного юридического состава состоит из двух следующих юридических фактов – элементов (последовательно совершаемых сделок):

1. Соглашение (договор) о предоставлении банковской гарантии, заключаемое между принципалом и гарантом.

2. Односторонняя сделка по выдаче банковской гарантии, совершаемая гарантом во исполнение соглашения о предоставлении банковской гарантии.

Альтернативность второго юридического факта обосновывается автором дозволительной направленностью гражданско-правового регулирования поведения участников правоотношений по банковской гарантии и, в частности, диспозитивностью нормы, содержащейся в ст. 373 ГК. Указанная статья образует правовые предпосылки для возможности установления иной модели завершающего элемента сложного юридического состава, при которой вступление гарантии в силу будет обусловлено не моментом ее выдачи, а достижением соглашения между гарантом и бенефициаром. Примерами из практической деятельности автор подтверждает, что такая модель юридико-фактического основания возникновения гарантийного обязательства не только действительно возможна и юридически оправдана, но и в наибольшей степени соответствует интересам всех участников отношений по банковской гарантии.

Рассматривая правовую природу соглашения о предоставлении банковской гарантии, диссертант не поддерживает ни точку зрения Л. А. Новоселовой, Л. Хейфеца и В. Григорьева, определивших соглашение

как договор комиссии, ни точку зрения Г. А. Аванесовой, определившей его как договор купли-продажи документа. Автор полагает, что действия гаранта не направлены ни на передачу товара, ни на выполнение работы, а воплощают и опосредуют в себе экономические отношения сторон по оказанию услуги. Учитывая, что выдача банковской гарантии – банковская операция (специальная банковская сделка), выданная по просьбе принципала банковская гарантия является результатом возмездной банковской услуги, оказанной гарантом принципалу. Статья 779 ГК не содержит исчерпывающего перечня услуг, регулируемых главой 39 ГК, и позволяет применить ее и к другим услугам, в том числе и к банковским.

Определяя предмет соглашения о предоставлении банковской гарантии как оказание банковской услуги по выдаче гарантийного обязательства, диссертантом обосновывается, что условие о предмете данного договора должно считаться согласованным, если содержание соглашения позволяет определить существенные условия второго элемента сложного юридического состава - сделки по выдаче банковской гарантии. Существенными условиями сделки по выдаче обязательства гаранта и, следовательно, необходимыми элементами предмета соглашения о предоставлении банковской гарантии являются: наименование бенефициара и принципала, сумма гарантии, срок, на который она выдана.

По общему правилу, банковская гарантия вступает в силу со дня ее выдачи. По мнению диссертанта, под выдачей следует понимать не только письменное выражение воли гаранта посредством создания документа, содержащего гарантийное обязательство, но и выполнение действий, очевидно свидетельствующих о передаче (направлении) банковской гарантии бенефициару (или принципалу, если это определено в соглашении о предоставлении банковской гарантии, с последующей передачей бенефициару). Не может считаться выдачей банковской гарантии ее оформление и нахождение у гаранта без дальнейшего вручения другому лицу (бенефициару, принципалу).

Автором аргументируется, что никаких действий по принятию банковской гарантии, направленных на установление правоотношений по банковской гарантии, бенефициар не совершает, так как, по общему правилу, банковская гарантия вступает в силу со дня выдачи, т.е. с момента ее передачи (вручения) бенефициару. Получая любым способом документ, содержащий обязательство гаранта, бенефициар уже располагает вступившей в силу банковской гарантией. Поэтому указание на якобы совершаемое бенефициаром действие по принятию банковской гарантии, которое определяется как односторонняя сделка (Г. А. Аванесова), не может являться правомерным и основанным на законе. Единственным случаем совершения бенефициаром действий, направленных на возникновение гарантийного обязательства, может быть

ситуация, при которой вступление банковской гарантии в силу обусловлено необходимостью выражения его воли.

В диссертации отстаивается позиция, согласно которой наличие двух, последовательно возникающих элементов юридического состава, являющихся в совокупности единым основанием возникновения правоотношений по банковской гарантии, свидетельствует об их внутренней связи, выражающейся в обусловленности появления второго юридического факта наличием первого. Соглашение о предоставлении гарантии является, таким образом, основанием для движения правоотношения по банковской гарантии, и в качестве такового определяет правовую жизнеспособность гарантии. Установление факта незаключения или недействительности первого элемента сложного юридического состава должно повлечь разрушение всего основания возникновения правоотношений по банковской гарантии. Предусмотренное гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром, характеризующееся независимостью от основного обязательства, фактически находится в непосредственной зависимости от правовой "судьбы" соглашения о предоставлении банковской гарантии.

В связи с этим автор считает возможным и необходимым предложить расширить данный принцип путем указания на независимость обязательства гаранта не только от основного обязательства, но и от соглашения (договора) о предоставлении банковской гарантии, являющегося основанием для совершения сделки по выдаче банковской гарантии. Предлагается ст. 370 ГК изложить в следующей редакции:

**"Ст. 370. Независимость банковской гарантии.**

Предусмотренное банковской гарантии обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, а также от соглашения гаранта с принципалом, даже если в гарантии содержится ссылка на них".

Данная редакция позволит сохранить предусмотренные в ГК правовые предпосылки для возникновения банковской гарантии посредством сложного юридического состава и устранить существующую зависимость действительности обязательства гаранта от соглашения о предоставлении банковской гарантии, являющегося основанием для совершения сделки по выдаче банковской гарантии.

**В Третьей главе "Обязательства по банковской гарантии"** рассматриваются субъектный состав банковской гарантии, содержание обязательств по банковской гарантии, основания прекращения обязательства по банковской гарантии, меры имущественной ответственности за нарушение денежных обязательств по банковской гарантии.

Автор отмечает, что перечень лиц, имеющих в соответствии со ст. 368 ГК правовую предпосылку выдать банковскую гарантию, является



исчерпывающим. Сделка, устанавливающая гарантийное обязательство, обеспечивающее исполнение основного обязательства, может быть совершена другими лицами только в виде договора из-за отсутствия необходимого юридического основания для совершения односторонней сделки по выдаче гарантии. Правовая природа такого договора в зависимости от фактических обстоятельств может быть определена либо как договор поручительства, либо как договор, в котором стороны предусмотрели другой (не указанный в ст. 329 ГК) способ обеспечения исполнения обязательств.

В работе отмечается, что любой субъект гражданско-правовых отношений, основываясь на п. 1 ст. 8 ГК и возможности предусмотреть в договоре другой (не предусмотренный в ГК) способ обеспечения исполнения основного обязательства (п. 1 ст. 329 ГК), вправе выдать гарантию (посредством заключения договора, содержащего гарантийное обязательство), прямо указав в ней, что она подчиняется Правилам 1992 года. Такая гарантия не становится банковской гарантией (и, следовательно, не подчиняется нормам ГК о банковской гарантии), а является самостоятельной сделкой, совершаемой в соответствии с особым нормативным основанием – Правилами 1992 года, и фактически может быть направлена на достижение того же правового результата, что и банковская гарантия по российскому праву. Гарантия, выданная на основании Правил 1992 года, может быть использована не только как способ обеспечения исполнения обязательств, но и как безусловное долговое или иное платежное обязательство уплатить денежную сумму.

Диссертантом сформулировано предложение, направленное на отказ от существующих ограничений в круге лиц, имеющих право в соответствии со ст. 368 ГК выдавать банковскую гарантию, путем исключения из указанной статьи следующих положений: "банк, иное кредитное учреждение или страховая организация". Автор полагает, что ограниченность субъектов гражданского права, имеющих возможность возложить на себя обязательство по обеспечению основного обязательства (установленная в ГК для банковской гарантии), в принципе не должна быть присуща институту "обеспечение исполнения обязательств", входящему составной частью в общую часть обязательственного права (подчеркнуто мной – Ю.П.). Гарантия должна стать общедоступной правовой конструкцией, а не оставаться только специальной банковской сделкой. Данное предложение, в случае его реализации, существенно расширило бы границы возможного использования банковской гарантии в гражданском обороте. Само наименование "банковская гарантия" в таком случае целесообразнее было бы изменить, например, на "платежную гарантию" или "гарантию по требованию" или просто "гарантию", исключив из наименования слово "банковская", которое в основном предопределялось личностью гаранта.

Диссертант оспаривает позицию Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации о возможности отсутствия в банковской гарантии указания наименования бенефициара и исполнении гарантом обязательства в пользу кредитора (бенефициара), предъявившего гаранту подлинник банковской гарантии. В такой интерпретации, по мнению автора, банковская гарантия ничего общего со способом обеспечения исполнения обязательства не имеет, а выглядит скорее как ценная бумага на предъявителя. Банковская гарантия, таким образом, теряет свою функцию – денежного обязательства, направленного на обеспечение основного обязательства. Появление гарантии, как и любого иного способа обеспечения обязательства, обусловлено их общей правовой направленностью – гарантировать надлежащее исполнение основного обязательства, в котором, как и в любом обязательстве, имеются две стороны: конкретный кредитор (будущий бенефициар в банковской гарантии) и должник. Пункт 1 ст. 369 ГК прямо указывает, что банковская гарантия обеспечивает надлежащее исполнение принципалом его обязательства перед бенефициаром (основного обязательства). Именно основное обязательственное правоотношение (стороны которого безусловно известны) детерминирует возникновение банковской гарантии. Будет ли указано основное обязательство в банковской гарантии или нет, для банковской гарантии (и только для нее) действительно неважно. Главное, по мнению диссертанта, чтобы неукоснительно соблюдалась следующая правовая аксиома: кредитор в основном обязательстве всегда будет являться кредитором в обеспечительном обязательстве. Данное правило применимо и к банковской гарантии. Следовательно, обязательство по гарантии должно исполняться только в отношении бенефициара, личность которого должна совпадать с личностью кредитора в основном обязательстве. Поэтому указание наименования бенефициара является обязательным условием действительности банковской гарантии.

Диссертант полагает, что изложенное выше рекомендательное мнение Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации нарушает изначальную юридическую связь между основным обязательством и банковской гарантией и создает, как минимум, неопределенность в правовой природе банковской гарантии, что не может не вызвать, по крайней мере, недоумение в связи с одновременно существующей и четко обозначенной позицией законодателя, отнесшего банковскую гарантию к способам обеспечения исполнения обязательств (п. 1 ст. 329 ГК). Спорным, по мнению автора, является обоснование указанного мнения, в соответствии с которым именно из ст. 368 ГК не следует, что банковская гарантия должна содержать наименование конкретного бенефициара. Бенефициар, как и другие субъекты правоотношений по банковской гарантии, указан в ст. 368 ГК и именуется "кредитор принципала (бенефициар)". Именно ему гарант дает обязательство

уплатить денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования об ее уплате. Именно ст. 368 ГК определяет, что сторонами гарантийного обязательства является гарант (должник в данном обязательстве) и бенефициар (кредитор в банковской гарантии). При этом, учитывая, что банковская гарантия (как способ обеспечения исполнения обязательств) возникает именно с целью обеспечить основное обязательство, личность кредитора в основном обязательстве (будущего бенефициара) определенно известна и, следовательно, должна быть указана в банковской гарантии. Не может быть бенефициаром лицо иное, чем кредитор в основном обязательстве, в обеспечение которого выдается банковская гарантия. Статья 368 ГК, определяя суть банковской гарантии, не только указывает субъектов данного правоотношения, но и четко обозначает стороны относительного гарантийного правоотношения (гаранта и бенефициара). При этом необходимо не просто указывать наименование бенефициара, а указывать именно то лицо, которое соответствует личности кредитора в основном обязательстве.

Проведенный автором анализ практики использования банковской гарантии банками, действующими на территории Свердловской области, также достаточно очевидно свидетельствует, что банковские гарантии, выдаваемые кредитными организациями, всегда содержат наименование бенефициара и, чаще всего, описание основного обязательства.

В подтверждение вышесказанного мнения диссертант ссылается и на международный опыт. В соответствии со статьей 3 Правил 1992 года во всех гарантиях помимо других перечисленных в данной статье условий, должны быть указаны все субъекты по гарантии: Принципал, Бенефициар, Гарант, а также лежащая в основе сделка, по которой требуется выдача данной гарантии.

Исследование способа внутренней взаимосвязи прав и обязанностей, определяющей структуру юридического содержания банковской гарантии, позволило диссертанту утверждать, что она представляет собой сложное обязательственное правоотношение, состоящее, по общему правилу, из четырех обязательств. Первые три из которых возникают между принципалом и гарантом, а четвертое между гарантом и бенефициаром:

1. Обязательство гаранта (должника) перед принципалом (кредитором), в силу которого гарант обязан выдать бенефициару письменное обязательство уплатить денежную сумму.

2. Обязательство принципала (должника) перед гарантом (кредитором) уплатить вознаграждение за выдачу банковской гарантии.

3. Обязательство принципала (должника) перед гарантом (кредитором) возместить в регрессном порядке сумму, уплаченную гарантом бенефициару по банковской гарантии.

4. Обязательство гаранта (должника) уплатить бенефициару (кредитору) денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования об ее уплате.

Приведенная система обязательств свидетельствует о сложной правовой связи между субъектами банковской гарантии, при которой только бенефициар является единственной стороной (исключительно кредитором), не являющейся должником ни по отношению к принципалу, ни по отношению к гаранту.

На структуру юридического содержания может оказывать непосредственное влияние способ оформления соглашения о предоставлении банковской гарантии. При заключении соглашения о предоставлении банковской гарантии в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 438 ГК (т.е. когда в ответ на письменную просьбу принципала гарант, не направляя никаких документов принципалу, выполняет его просьбу – выдает банковскую гарантию), первого обязательства по выдаче банковской гарантии не возникает, т.к. гарант, не будучи еще обязанным лицом, по своей инициативе уже совершил те действия, которые и составляли предмет просьбы принципала и могли стать мерой его должного поведения как обязанного лица при совершении сделки в ином порядке.

Обязательство гаранта перед бенефициаром (четвертое в представленной системе) определяется автором как главное обязательство в сложной структуре юридического содержания банковской гарантии, исходя из того, что его возникновение является конечной целью и результатом динамики всех правоотношений между принципалом и гарантом, и, по существу, определяет суть (основное содержание) банковской гарантии. Гарантийное обязательство (главное обязательство) не может возникнуть без обязательственных отношений между принципалом и гарантом, являющихся организационно-вспомогательными, т.е. создающими возможность установления обязательства гаранта перед бенефициаром и, одновременно, первичными по отношению к вторичному – главному гарантийному обязательству.

Диссертантом обосновывается, что обязательство возместить гаранту сумму, уплаченную им по банковской гарантии, возникает с момента заключения соглашения о предоставлении банковской гарантии между гарантом и принципалом, даже если в соглашении отсутствует условие о регрессном обязательстве принципала перед гарантом. Однако, свое притязание в виде регрессного требования гарант может реализовать только после наступления необходимого юридического факта – совершения платежа по банковской гарантии, что свидетельствует об определенной зависимости регрессного обязательства от главного обязательства и организационно-вспомогательных правоотношений между принципалом и гарантом, а также

их комплексном соединении в единое сложное правоотношение – банковскую гарантию.

В противоположность мнению В. В. Витрянского автор считает, что ни из редакции нормы, содержащейся в п.1 ст. 379 ГК, ни из опыта практического использования банковской гарантии не следует, что при определении объема регрессного денежного требования должен учитываться размер вознаграждения (фактически – платы за оказанную банковскую услугу), полученного гарантом от принципала за выданную гарантию. Тем не менее, учитывая, что норма, содержащаяся в п.1 ст. 379 ГК, толкуется юристами далеко не однозначно, вызывает много дискуссий, предлагается изложить п.1 ст. 379 ГК в следующей редакции:

"Гарант вправе требовать от принципала в порядке регресса полного возмещения денежной суммы, уплаченной бенефициару по банковской гарантии, если иной объем регрессного требования не установлен соглашением гаранта с принципалом, во исполнение которого была выдана гарантия".

Предложенная редакция недвусмысленно формулирует общее правило – о возникновении у гаранта права регрессного требования суммы, уплаченной бенефициару по банковской гарантии. Вторая часть нормы (определяющая ее диспозитивность) позволяет сторонам предусмотреть в соглашении о предоставлении банковской гарантии иной объем возможного регрессного требования, в том числе и с учетом уплаченной суммы вознаграждения.

Диссертант не соглашается с Л. Хейфецом и В. Григорьевым, считающими перечень условий для прекращения банковской гарантии, определенный в ст. 378 ГК, исчерпывающим, и разделяет позицию Б. М. Гонгало, В. В. Витрянского, согласно которой перечень специальных случаев прекращения банковской гарантии, установленный в ст. 378 ГК, не может быть определен как исчерпывающий, и общие основания прекращения гражданско-правовых обязательств могут быть применены и к обязательствам, возникающим из банковской гарантии.

Исходя из принципа независимости банковской гарантии, не могут являться основанием прекращения гарантийного обязательства обстоятельства, связанные с прекращением, признанием недействительным или изменением основного обязательства.

Автор обосновывает точку зрения, в соответствии с которой процедура отзыва банковской гарантии по существу направлена на прекращение обязательства гаранта перед бенефициаром. Таким образом, отзыв гарантии – это еще один (в дополнение к указанным в ст. 378 ГК) специальный способ прекращения банковской гарантии, реализуемый гарантом путем односторонней сделки.

Проведенный диссертантом анализ исследуемого обязательственного правоотношения позволил установить, что как в целом банковская гарантия, так и отдельные элементы, входящие в структуру юридического содержания банковской гарантии, непосредственно направлены на уплату денег, что позволяет определить их в качестве денежных обязательств. В частности, таковыми являются обязательство гаранта по уплате бенефициару денежной суммы, регрессное обязательство по возмещению принципалом денежной суммы гаранту, уплаченной им в соответствии с банковской гарантией.

Ответственность гаранта перед бенефициаром, равно как и ответственность принципала перед гарантом, абсолютно идентична ответственности должника по денежному обязательству. Кредитор по указанным денежным обязательствам вправе потребовать уплаты суммы, определенной соответствующим обязательством (что равносильно требованию об исполнении обязательства в натуре), а также применить по отношению к должнику следующие меры ответственности: заявить требование об уплате процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами и потребовать возмещения убытков в части, превышающей сумму причитающихся ему процентов.

По мнению автора, банковская гарантия не является мерой ответственности. Тем не менее, совершение должником (принципалом) гражданского правонарушения перед кредитором (бенефициаром) по основному обязательству и последующее исполнение гарантийного обязательства (посредством регрессного требования гаранта) могут привести к дополнительным имущественным лишениям должника (принципала).

**В Заключении**, завершая исследование банковской гарантии, диссертант считает необходимым обратить внимание на некоторые важные, с его точки зрения, моменты, которые могут повлиять на будущее нового способа обеспечения исполнения обязательств.

Опыт использования гарантии за рубежом со всей очевидностью свидетельствует, что наибольшее распространение гарантия имеет в странах с исторически сложившейся, устойчивой рыночной экономикой. Учитывая, что российские рыночные отношения только начинают формироваться, и до создания цивилизованной рыночной экономики в нашей стране предстоит пройти долгий и трудный путь, "судьба" банковской гарантии в ближайшей перспективе навряд ли претерпит кардинальные изменения без серьезного пересмотра норм, регламентирующих гарантию в ГК.

Ограниченность лиц, имеющих правовую возможность выдать банковскую гарантию, является основной причиной ее оторченности от делового оборота. Банковская гарантия оправдывает свое название и действительно является только банковской. Небанковские кредитные организации и страховые организации данный финансовый инструмент не используют, а другие лица

вообще не обладают правоспособностью на совершение сделок по выдаче банковской гарантии. В условиях вялотекущего банковского кризиса и существенного снижения деловой активности банков, гарантия в ближайшее время вообще может оказаться "мертвым" способом обеспечения исполнения обязательств. Безусловно, такой участи банковская гарантия не заслуживает и должна быть реанимирована, не дожидаясь возвращения времен "банковского бума". В международном праве гарантию вправе выдать любое лицо, да и сама гарантия является не только обеспечительной конструкцией, но и безусловным долговым или платежным обязательством уплатить денежную сумму.

Диссертант полагает, что в результате устранения имеющихся в российском праве ограничений по кругу лиц – гарантов, даже оставаясь только способом обеспечения исполнения обязательств, банковская гарантия имеет все предпосылки стать самой "популярной" обеспечительной мерой.

Предложения по изменению правовой регламентации банковской гарантии в российском гражданском праве, сформулированные в настоящей работе, будут способствовать большей унификации и интеграции международного и российского законодательства.

10 =

**По теме диссертации опубликованы следующие работы:**

1. Субъектный состав банковской гарантии. // Российский юридический журнал. 2000, № 3 (0,62 п.л.).
2. Возмездный характер банковской гарантии. // Юридический вестник 2000, № 12 (0,22 п.л.).
3. О независимости банковской гарантии. // Право и экономика. 2000, № 9 (0,58 п.л.).

Отпечатано в типографии ООО «Бете-Сервис»  
г.Екатеринбург, ул. Луначарского, 81  
Тираж 100 экз. Заказ № 39